

L'ÉTAT DE DROIT EN TEMPS DE GUERRE

Telesphore Muhindo MALONGA

Professeur à la Faculté de Droit et
Secrétaire Général Académique de l'U.C.G.-Butembo

Résumé

L'Etat de droit signifie un Etat où l'on rencontre à la fois le respect de l'ordre juridique, la soumission des gouvernants au droit, la protection des droits et libertés individuelles, assortis de la possibilité de sanction juridictionnelle exercée par un juge indépendant. Une telle notion est devenue de nos jours une condition de la démocratie et un facteur de développement grâce au contrôle qu'elle implique. Sa réalisation est même présentée comme une des conditions de l'octroi de l'aide au développement, condition rappelée aux chefs d'Etat africains par le feu président Mitterrand lors du sommet de la francophonie à La Baule.

Or, la guerre constitue un facteur fortement perturbateur pour l'Etat de droit. D'une part, elle est créatrice de circonstances exceptionnelles qui légitiment des comportements normalement illégaux, d'autre part elle rend difficile, sinon impossible le contrôle juridictionnel de l'action administrative des pouvoirs publics. C'est notamment le cas du Nord-Kivu, devenu le fief des Seigneurs de la guerre.

De ce fait, en temps de guerre, l'Etat de droit est fragilisé et incertain, et le développement hypothéqué.

Introduction

La période actuelle n'est pas seulement marquée par la victoire de la démocratie libérale sur ses principaux rivaux historiques comme le fascisme, le nazisme ou le communisme, mais elle traduit aussi le triomphe d'une certaine interprétation des principes démocratiques et libéraux qui magnifient le droit. D'aucuns parlent d'une révolution qui fait que le politique et la politique sont saisis par le droit.¹ On observe un mouvement de retour des valeurs du droit dans l'ordre social. Ce mouvement, aux ramifications planétaires a conduit à ce que l'on appelle aujourd'hui « L'Etat de droit. » Bien que le Président Joseph Kabila se soit, dans son discours d'investiture, engagé à instaurer en RDC un Etat de droit, il semble que le Congo est encore en marge de cette évolution mondiale. L'avènement de l'Etat de droit, comme le soleil des indépendances et les espoirs suscités par les successives pseudo-libérations, se réduit chaque jour davantage en une fumée qui se volatilise, laissant derrière elle le froid de l'incertitude juridique. Cette situation est aggravée par la guerre qui déchire le Congo depuis octobre 1996. Si elle concerne l'ensemble du pays, cette guerre est cependant plus ressentie à l'Est et, en particulier au Kivu. D'où le souci de nous interroger sur la portée de l'Etat de droit en temps de guerre. Ces deux notions nous paraissent incompatibles.

La guerre et le conflit sont aussi vieux que la société humaine, et même aussi vieux que toute société. Ils sont inhérents à toute vie en société. Tout groupe d'individus est une « société chaude », marquée par des tensions. Ces tensions peuvent être

internes à un pays. Au cas où l'on choisit la voie des armes pour régler ces tensions, on parle alors de guerre civile. Si le conflit déborde les frontières d'un Etat et implique deux ou plusieurs Etats, on se trouve en face d'un conflit international. Le conflit actuel en RDC paraît, de ce point de vue, une guerre hybride ou mixte, relevant à la fois du conflit interne par la présence de rébellions, elles-mêmes déchirées en leur sein, et du conflit international, dès lors que des Etats voisins du Congo apportent un soutien aux différentes rébellions, sans, d'ailleurs, que les objectifs des rebelles et ceux de leurs parrains soient toujours les mêmes et clairement identifiables. S'y mêlent des ambitions politiques et des visées géostratégiques.

Les dangers et risques liés à la guerre, quelle qu'elle soit et quelle que soit son ampleur, entraînent des conséquences néfastes sur l'Etat de droit. Ces conséquences se manifestent aujourd'hui en RDC, et plus encore dans l'Est du pays : l'incertitude juridique en raison du foisonnement des textes et d'une succession incontrôlée d'autorités politiques et administratives, l'insécurité des personnes et des biens, l'irresponsabilité publique dès lors que l'Administration ne rend compte de sa gestion à personne, etc.

Du point de vue historique, les périodes de guerre ont été à l'origine du développement du droit humanitaire. Le souci fut d'abord de protéger les militaires et les combattants. Par la suite, surtout avec les transformations et le perfectionnement des armes, avec l'accroissement de leur capacité de destruction, et le changement des techniques de guerre, les civils sont devenus les premières cibles des guerriers, en même temps que les victimes les plus nombreuses. Aussi, la nécessité s'imposait

¹ RAYNAUD, Ph., « Le juge et la communauté », in *Le débat*, n°74, 1993, p. 144.

également de protéger ces personnes ne prenant pas part aux hostilités.

Le droit international, soucieux de protéger les droits et les libertés en ces périodes troubles, a voulu réglementer l'art de la guerre et les comportements des autorités publiques, même celles d'occupation, en période de guerre. Le principe général, c'est celui de l'interdiction du recours à la force. Et s'il y a recours à la force et à la guerre, celle-ci doit être menée conformément au droit. On a ainsi pu parler de « *jus ad bellum* » et de « *jus in bello* ».

En nous interrogeant sur l'Etat de droit en temps de guerre, nous voudrions questionner le degré de soumission des autorités publiques au droit, en ce temps de guerre et sur les effets que cela comporte pour les droits et les libertés des administrés. Peut-on vraiment parler d'Etat de droit en temps de guerre ? La réponse à cette interrogation peut paraître incertaine, tant les diverses autorités peuvent se réfugier derrière les nécessités ou les impératifs militaires pour justifier des entorses ou distorsions à l'Etat de droit qui fragilisent la situation juridique des administrés. Avant de revenir sur cette corrélation entre temps de guerre et fragilisation de l'Etat de droit, il n'est pas inintéressant de préciser le contenu de la notion d'État de droit.

I. L'État de droit.

L'Etat de droit est aujourd'hui une notion d'actualité. Il exige que les personnes publiques et les gouvernants soient soumis, au même titre que les particuliers, au respect de l'ordre juridique et que ce respect soit sanctionné en dernier ressort par un juge indépendant. Il postule l'existence d'un ordonnancement juridique formellement et surtout matériellement hiérarchisé. L'Etat de droit est devenu le corollaire de la démocratie libérale. Il constituerait même une étape supplémentaire et un perfectionnement par rapport à la démocratie. Car, si dans un premier temps, il a été essentiel de veiller à ce que le choix des gouvernants s'opère de la meilleure façon et avec la participation des citoyens, dans un second temps il est apparu que cela ne suffisait pas, et qu'il fallait s'assurer qu'une fois désignés, les gouvernants usaient de leurs pouvoirs conformément à la Constitution et dans les limites prévues par celle-ci.² Longtemps confiné dans le champ du droit où il n'était accessible qu'aux « familiers des arcanes de la pensée juridique »³, l'Etat de droit a aujourd'hui quitté le terrain aride de la dogmatique juridique et, propulsé sur le devant de la scène, il s'est transformé « en une figure imposée du discours politique. »⁴ En même temps, il a gagné

en extension géographique pour devenir une revendication quasi planétaire, car « tout Etat qui se respecte est désormais tenu de se présenter sous l'aspect avenant, de se parer des couleurs chatoyantes de l'Etat de droit »⁵ qui est devenu dans les sociétés contemporaines, une contrainte axiologique, une source de légitimité du pouvoir politique au plan interne et un label nécessaire sur le plan international.⁶ Au-delà d'une aspiration interne aux Etats, l'Etat de droit imprègne de plus en plus les relations internationales et la coopération entre les Etats. L'exigence d'une bonne gouvernance, la défense du droit ou du devoir d'ingérence, la subordination de l'aide au développement à la démocratie libérale sont encore des signes et des manifestations des contraintes liées à la notion d'Etat de droit. A ce propos, écoutons A.-C. Robert : « L'Etat de droit est devenu, au fil des années, l'étalon de mesure de la démocratie à travers le monde. Les organismes internationaux (les Nations Unies, l'Union Européenne ou la Banque Mondiale) y ont notamment recours pour apprécier l'avancée des transitions politiques à l'Est et en Afrique et octroyer leurs aides au titre de la conditionnalité »⁷. Il fait partie des critères qu'un Etat doit remplir pour

⁵ *Ibidem*, p. 7.

⁶ *Ibidem*, p. 7 et p. 119. Parlant de la relation actuelle entre légitimité et démocratie, Michèle Schmieglow (Université Catholique de Louvain) situe la légitimité à deux niveaux, au plan interne et au plan international. Il écrit concernant la légitimation démocratique du pouvoir : « diverses écoles vont se développer : les idéalistes, les réalistes, les transnationalistes, les fonctionnalistes, tous auront leur mot à dire sur la question. Deux niveaux d'analyse se croisent : l'un est celui de la légitimation au sein de l'État, ce sont les analyses des processus de démocratisation, de structure et développement des partis, des comportements électoraux etc. L'autre concerne les relations internationales, les processus de résolution de conflits, d'intégration régionale, d'établissement d'organisations internationales, le point d'articulation restant toujours l'État-Nation.

Au niveau interne d'analyse, le premier principe à apparaître fut celui d'État de droit. Le paradoxe tient dans le fait qu'une démocratie ne peut vraiment fonctionner que dans un État de droit ; mais qu'un État de droit n'est pas nécessairement une démocratie. En effet, le terme n'implique qu'une chose : c'est que le droit est le même pour tous... Un processus va émerger quant aux conditions minimales requises pour l'établissement d'un régime démocratique : élections libres, suffrage universel pour les deux sexes, multipartisme. À cela s'ajoute un Gouvernement civil issu de la majorité, une séparation des pouvoirs avec un pouvoir judiciaire indépendant et un État de droit.

Au niveau des relations internationales, la question de la légitimation interne de l'État prend de plus en plus d'importance : il devient difficile d'imposer un régime dictatorial ou une junte militaire : réprobation, diffusion par les médias des exactions du pouvoir en place, influence des multinationales sur le développement économique interne, sanctions internationales, tout un réseau se tisse contre l'État-bandit pour l'empêcher de massacrer en rond. Les fonctionnalistes voient dans la création et le renforcement d'organisations, non plus seulement internationales, mais supranationales la garantie d'une paix durable et le renforcement de la démocratie à l'intérieur des États membres ... » M. SCHMIEGLOW, "Légitimation de l'État et démocratisation" in P. VERCAUTEREN (éditeur), *L'État en crise : Souveraineté et légitimité en question ?*, FIUC, 2000, pp.95-106, p.104-105.

⁷ ROBERT, A.-C. "Naissance d'une mythologie juridique" in *Le Monde Diplomatique*, janvier 2001, p. 22.

² FAVOREU, L. "De la démocratie à l'État de droit" in *Le Débat*, n° 64 (1991), p.161.

³ CHEVALLIER, J., *L'État de droit*, Montchrestien, Paris, 1999, p. 7.

⁴ *Ibidem*, p. 7.

mériter le label de "bonne gouvernance". Il recouvre des éléments tels que l'équité des élections, la protection des droits humains et des minorités, l'indépendance de la justice, l'économie de marché, la soumission de l'Etat au droit... Une fois ces critères satisfaits, ou à peu près, le pays concerné entrerait dans le club des "démocraties modernes".⁸ Sur la scène internationale, il y a ceux qui le vivent et l'invoquent comme pour se convaincre de ses bienfaits et ceux qui le recherchent et l'espèrent comme seule planche de salut pour leurs sociétés délabrées.

Si le concept est courant, il n'est pas certain que la nature, la portée et la signification exactes de la notion qu'il recouvre emportent l'unanimité. M.-P. Redor et M. Troper pensent même que ce consensus autour de la notion d'Etat de droit, sorte de nébuleuse de légitimité, devrait suffire à inquiéter, quand bien même elle est invoquée au nom des droits de l'homme, car elle risque de se transformer en une auto-célébration de l'Etat.⁹ De fait, quel contenu faut-il donner à l'Etat de droit ? A quel droit fait-on référence ? Est-ce le droit positif, le droit naturel ou les deux à la fois ? Au droit formel ou au droit matériel ? En d'autres termes, renvoie-t-on aux procédures d'élaboration et aux organes compétents pour édicter des normes juridiques ou au fond (contenu) de ces règles juridiques ? Qui peut assurer la protection de cet Etat de droit et quelles sont les conséquences de la théorie de l'Etat de droit sur les régimes démocratiques ? Autant d'interrogations qui mériteraient d'être abordées.

La notion d'Etat de droit peut mieux s'appréhender en essayant d'approfondir son contenu (A) et ses objectifs (B) qui transforment l'Etat de droit en un facteur de légitimation du pouvoir (C)

I.1. Le contenu de l'Etat de droit

Brusquement propulsée sur la place publique, la notion d'Etat de droit a connu « une surcharge de signification qui lui donne une coloration nouvelle. »¹⁰ Devenu la référence inévitable de tout discours politique, l'Etat de droit peut apparaître comme une catégorie fourre-tout qui recouvre des significations multiples et parfois contradictoires.¹¹ L'histoire pouvant devenir source de lumière, le contenu de l'Etat de droit peut s'éclairer à partir de sa genèse et de son évolution, surtout au XX^{ème} siècle.

I.1.1. La genèse et le rayonnement du concept d'Etat de droit

Née en Allemagne à la fin du XIX^{ème} siècle, la notion d'Etat de droit permet de prémunir la société contre les concentrations et les excès de pouvoir. Pour A. Bleckmann, l'expression "Etat de droit" a été inventée dans les années 1860 par deux auteurs allemands, Bähr et Gneist, pour trouver une solution juridique au contrôle par le juge des actes administratifs. Selon lui, l'expression se concentrerait, dans la doctrine, sur les problèmes de droits fondamentaux des individus.¹² L. Hamon et J. Chevallier pensent que ce sont surtout R. von Mohl et F.J. Stahl qui ont théorisé la notion d'Etat de droit, avant d'être rejoints par les juristes de l'Empire, comme Gerber, Ihering, Laband et Jellinek.¹³

S'agissant de son contenu, F.J. Stahl était d'avis que l'Etat de droit est moins un dispositif de limitation du pouvoir de l'Etat qu'un moyen d'organisation rationnelle de l'Etat et de juridicisation de ses rapports avec les administrés. R. von Mohl, lui, considérait déjà que l'Etat de droit s'inscrit dans une optique libérale qui cherche, en réaction contre l'Etat autoritaire, à limiter la sphère d'action du monarque et à mieux protéger les libertés individuelles par la loi, à la formation de laquelle les citoyens participent par l'élection du Parlement.¹⁴ A travers ces deux conceptions, écrit J. Chevallier, « on voit dès ce moment poindre les deux versions autour desquelles gravitera toute l'histoire de la théorie de l'Etat de droit, l'une substantielle, qui s'attache au contenu du droit en vigueur, l'autre formelle, qui privilégie l'aménagement de l'ordre juridique étatique. »¹⁵ Mais très vite, l'aspect formel a pris le pas sur la garantie des droits individuels.

Cependant, quel que soit l'aspect prépondérant, il apparaît que, dans la doctrine allemande, l'Etat de droit se dresse contre le pouvoir monarchique, impérial.

Depuis l'Allemagne, la notion aura un rayonnement sur toute l'Europe et, par la colonisation, sur les autres Continents.

En France, par exemple, l'évolution de la défense des droits et libertés face au pouvoir monarchique trouve son point de référence dans la Révolution de 1789 qui a consacré d'une part l'égalité des citoyens par la suppression des privilèges et, d'autre part, la suprématie du Parlement grâce à l'importance accordée à la loi, expression de la volonté générale, et à l'adoption de la souveraineté

⁸ *Ibidem*, p. 22.

⁹ REDOR, M.-J. *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, p. 330; M. TROPER, "Le concept d'Etat de droit" in *L'Etat.1, Droits, Revue française de théorie juridique*, n° 15 (1992), p. 51.

¹⁰ CHEVALLIER, J. "L'Etat de droit" in *R.D.P.*, (1988), p. 314.

¹¹ DELMAS-MARTY M. et C. L. de LEYSSAC, *Libertés et droits fondamentaux*, Seuil, Paris, 1996, p. 9.

¹² BLECKMANN, A. "L'Etat de droit dans la Constitution de la République fédérale d'Allemagne" in *Pouvoirs*, n° 22 (1982), pp. 5-6.

¹³ HAMON, L. "L'Etat de droit et son essence" in *R.F.D.C.*, n° 4 (1990), p. 699. et CHEVALLIER, J., *L'Etat de droit*, Montchrestien, 1999, p. 11.

¹⁴ CHEVALLIER, J. *op. cit.*, p. 15.

¹⁵ *Ibidem*, p. 15.

nationale. L'Etat de droit, même s'il n'est pas encore ainsi appelé, correspond à cette époque au règne de la loi, à l'Etat légal. Dans ce cadre, la protection légale des libertés paraît offrir les garanties nécessaires et suffisantes. Mais l'évolution du régime parlementaire conduira aussi à une remise en cause de l'omnipotence du Parlement et de la loi. L'Etat de droit paraît alors se situer dans une opposition entre l'ordre juridique prétendument neutre et l'ordre politique, et dans la suprématie du premier. Corrélativement, le pouvoir du juge, gardien et défenseur des libertés individuelles et de la démocratie, s'en trouve accru. D'où un renforcement du rôle du juge et l'affirmation progressive du juge constitutionnel. La crise de la représentation et les critiques contre la loi ont conduit à promouvoir le juge en protecteur compétent, impartial et indépendant des droits fondamentaux et des libertés individuelles, bref, de l'Etat de droit.

Après la prééminence de l'Exécutif au terme de laquelle un pouvoir royal central s'est imposé et un siècle et demi de suprématie législative héritée de la révolution (1789-1958), faut-il voir dans l'Etat de droit une marche vers la consécration du pouvoir juridictionnel ?

Importée en France par R. Carré de Malberg (pour qui d'ailleurs c'est en France et par l'Assemblée nationale de 1789 qu'ont été dégagées les idées maîtresses et les institutions sur lesquelles repose le système de l'Etat de droit¹⁶), la théorie de l'Etat de droit a donc rempli une double fonction : une fonction cognitive, en permettant de mieux cerner les caractéristiques du régime politique; et une fonction critique, en fournissant les arguments théoriques à l'appui de la dénonciation de l'omnipotence parlementaire.¹⁷

C'est surtout au XX^{ème} siècle, et en particulier avec les grandes guerres et avec les luttes pour l'indépendance que le discours de l'Etat de droit va se répandre dans de nombreux Etats d'Afrique, notamment avec la lecture des dispositions de la Charte des Nations Unies relatives au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Ce discours servira ensuite de moteur critique pour stigmatiser les régimes dictatoriaux issus de la période des indépendances.

En même temps que son rayonnement, l'Etat de droit a connu une évolution dans son contenu.

1.1.2. L'évolution du contenu de l'Etat de droit

La théorie de l'Etat de droit a connu au XX^{ème} une évolution qui a conduit à conférer une dimension nouvelle à la notion d'Etat de droit. Si au

¹⁶ HAMON, L., art. cit., p.699.

¹⁷ DELMAS-MARTY, M. et LEYSSAC, C. L. de, *Libertés et droits fondamentaux*, op. cit., pp. 9-10.

XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème} a prédominé l'aspect formel, dans la deuxième moitié du XX^{ème} siècle, la notion d'Etat de droit s'est progressivement chargée d'une nouvelle signification idéologique : assimilée à la démocratie libérale par les critiques du totalitarisme, elle est devenue une figure mythique du débat juridique et politique. L'Etat de droit est désormais utilisé pour caractériser un type particulier d'Etat, dont il contribue en même temps à asseoir la légitimité. Dans cette perspective, l'Etat de droit n'est pas un simple analyseur historique, mais un puissant opérateur idéologique, pouvant justifier la violation du principe sacro-saint du droit international, celui de la souveraineté, par le devoir d'ingérence humanitaire.¹⁸ Si sur le plan formel on consolide le contrôle des actes administratifs, individuels et réglementaires et on instaure le contrôle de la constitutionnalité des lois, sur le plan matériel, « la question de l'Etat de droit a été profondément renouvelée par un accent nouveau mis sur le contenu du droit. L'Etat de droit n'évoque plus seulement l'existence d'un ordre juridique hiérarchisé, mais encore un ensembles de droits et libertés. »¹⁹

Dans cette évolution, l'Etat de droit a correspondu à un processus d'institutionnalisation du pouvoir et de limitation des prérogatives des gouvernants.²⁰ Ce faisant, il s'est distingué de l'Etat police et de l'Etat légal, notions voisines qu'il englobe en même temps qu'il les dépasse.

L'Etat de police n'est pas, comme on serait tenté de le croire, une situation de non-droit. Cette identification résulte sans doute d'une assimilation trop facile entre institution administrative, en l'occurrence la police, avec pouvoir discrétionnaire et, par glissement sémantique, avec excès de pouvoir. « Comme l'Etat de droit et à la différence du gouvernement despotique ou arbitraire, écrit J. Chevallier, l'Etat de police accorde une large place au droit, mais celui-ci est dépourvu de tout élément d'ambivalence, dénué de tout caractère de réciprocité : placé sous le signe de l'unilatéralité, il n'est que l'expression de la suprématie étatique, l'enveloppe de la puissance; servant à imposer des obligations aux administrés, il n'est pas en retour source de contrainte pour les gouvernants et l'administration»²¹. L'Etat de police est celui dans lequel le droit applicable émane de l'Exécutif, du gouvernement au sens strict du terme, tel qu'il s'exprime à travers les règlements et les mesures individuelles. De ce fait, il est tout imprégné de l'idée d'inégalité des parties dans les rapports juridiques.²² La caractéristique de l'Etat de police, c'est donc, pour reprendre les termes de

¹⁸ ROBERT, A.-C. "Naissance d'une mythologie juridique" in *Le Monde diplomatique*, janvier 2001, p. 22.

¹⁹ CHEVALLIER, J., *Etat de droit*, Montchrestien, Paris, 1999, p.71.

²⁰ RAYNAUD, PH. «Le juge et la Communauté, art. cit., p. 147.

²¹ CHEVALLIER, J., "Etat de droit" in *R.D.P.* (1988), pp. 329-330. Idem, *L'Etat de droit*, Montchrestien, 1999, p. 16.

²² EMERI, C. "L'Etat de droit dans les systèmes polyarchiques européens" in *R.F.D.C.*, n° 9 (1992), p. 29.

l'inventeur de la distinction Etat de police - Etat légal, R. Carré de Malberg, que « l'autorité administrative peut, de façon discrétionnaire et avec une liberté de décision plus ou moins complète, appliquer aux citoyens toutes les mesures dont elle juge utile de prendre par elle-même l'initiative, en vue de faire face aux circonstances et d'atteindre à chaque moment les fins qu'elle se propose; ce régime de police est fondé sur l'idée que la fin suffit à justifier les moyens»²³.

Mais cet Etat de police se distingue de l'Etat de droit : alors que dans l'Etat de police, fondé sur le bon plaisir du Prince, il n'y a ni véritable limite juridique à l'action du pouvoir, ni réelle protection des individus contre lui, dans l'Etat de droit, les gouvernants se trouvent soumis à des règles qui s'imposent à eux de façon contraignante. Le pouvoir qu'ils détiennent se présente désormais comme une puissance assujettie au droit.

L'Etat légal, en revanche, est marqué par le légicentrisme hérité de Rousseau et de l'idée que la loi, expression de la volonté générale, est par structure libératrice. L'Etat légal correspond à l'idée selon laquelle le corps législatif élu est l'autorité supérieure qui possède seule le pouvoir de décision initial dans tous les domaines de la vie sociale et politique. Aussi, l'Etat légal se rattache à une conception politique ayant trait à l'organisation des pouvoirs, conception suivant laquelle l'autorité administrative doit, dans tous les cas et en toutes matières, être subordonnée à l'organe législatif.²⁴

Dans l'Etat de droit, le droit n'est plus seulement un instrument d'action pour l'Etat, mais aussi un vecteur de limitation de sa puissance. Par Etat de droit, écrit R. Carré de Malberg, il faut entendre « l'Etat qui, dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit, et cela en tant qu'il enchaîne son action sur eux par des règles, dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques : deux sortes de règles qui ont pour effet commun de limiter la puissance de l'Etat en la subordonnant à l'ordre juridique qu'elles consacrent»²⁵.

Cette évolution du contenu de l'Etat de droit nous permet de le situer, avec J. Chevallier, à trois niveaux différents. D'abord, au niveau de la conception de l'ordre juridique étatique. L'Etat de droit renvoie alors à la hiérarchie des normes, à la soumission à la loi et à la possibilité offerte aux citoyens de formuler des recours devant un juge

indépendant. Ensuite, au niveau de la soumission de l'Etat au droit. En ce sens, l'Etat de droit renferme le principe de limitation subjective (autolimitation) ou objective de l'Etat. Enfin, au niveau du contenu du droit en vigueur, dès lors que l'Etat de droit inclut des valeurs et des principes visant à assurer aux citoyens des garanties effectives contre l'Etat. Ainsi, trouvant son principe, sa fin et sa détermination dans l'individu, l'Etat de droit n'est pas réductible à un simple dispositif technique d'aménagement de l'ordre juridique; il englobe tout progrès dans la défense et la protection des droits de l'homme.²⁶

En définitive, l'Etat de droit se situe sur un double plan d'analyse. D'un côté, l'analyse juridique fait de la prééminence du droit la condition de l'accès à la « juridicité », par la soumission à des normes sanctionnées par la censure du juge. De l'autre, l'analyse philosophique, d'inspiration libérale, qui, pour défendre les individus et les minorités, fait de l'emprise du droit le moyen de conjurer l'oppression des gouvernants, grâce au ressort critique que procure l'impartiale instance juridictionnelle en vue de stigmatiser et de disqualifier les lois positives qui tireraient leur valeur juridique de la seule force des armes comme dans les régimes totalitaires ou autoritaires, ou de la seule force du nombre, comme dans les démocraties.²⁷

Cette tendance à la limitation des pouvoirs politiques atteindra son paroxysme dans le constitutionnalisme. Dans le constitutionnalisme classique, l'idée de Constitution est le produit de la lutte contre les monarchies absolues. Le constitutionnalisme entendait contenir la puissance monarchique en l'assujettissant au droit; et cet assujettissement était censé passer par l'édiction d'une norme supérieure, la Constitution, dans laquelle le pouvoir devait trouver son fondement, ses modalités d'exercice et donc ses limites, tandis que

²⁶ CHEVALLIER, J., "L'État de droit" in R.D.P., (1988), p. 317
Voir aussi : Pour P. Amselek, le développement de l'État de droit a contribué à la désacralisation du pouvoir et conduit à ramener les autorités publiques au même niveau que les autres citoyens, c'est-à-dire au même niveau que les gouvernés eux-mêmes. Ils sont eux-mêmes susceptibles d'être gouvernés en tant que gouvernants, car leur fonction normative, de direction des conduites est elle-même juridicisée, juridiquement encadrée, telle est l'espèce de paradoxe qu'exprime le développement du droit public et de l'État de droit. Pour lui, l'État de droit signe la fin de la transcendance de l'expérience juridique et la mondanisation de la technique juridique, qui se déploie désormais dans un monde clos. Cf. P. AMSELEK, "L'évolution de la technique dans les sociétés occidentales" in R.D.P. (1982), pp. 277-278. Pour J. Chevallier, « l'État de droit laisse entrevoir l'existence d'un pouvoir limité parce qu'assujetti à des règles; il implique que les gouvernants comme les simples citoyens sont tenus par les normes juridiques en vigueur; ils ne sont pas placés au-dessus des lois, mais exercent une fonction entièrement encadrée et régie par le droit. » J. CHEVALLIER, "L'État de droit" in R.D.P. (1988), p.315. J.-L. Quermonne, lui, estime que l'État de droit signifie la garantie fondamentale des libertés publiques, la protection de l'ordre démocratique libéral et le contrôle de la constitutionnalité des lois. QUERMONNE, J.-L., *Les régimes politiques occidentaux*, Seuil, Paris, 1986, pp. 106-123.
²⁷ CAYLA, O., "Les deux figures du juge" in *Le Débat*, n° 74 (1993), pp. 164-165.

²³ CARRE de MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, Ed. du C.N.R.S., Paris, 1962, p. 488.

²⁴ *Ibidem*, pp. 490-491.

²⁵ *Ibidem*, p. 489, Cf. J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Montchrestien, Paris, p. 16.

les sujets y trouvaient la garantie de leurs droits fondamentaux. Le néo-constitutionnalisme poursuit le même but, mais cette fois, par l'assujettissement de la loi et du Parlement à la Constitution et au respect des droits individuels.

Cette dénonciation tend à la limitation de la loi par l'affirmation d'un droit plus large dont la Constitution, conçue comme la règle juridique suprême, occupe le sommet de la pyramide. Progressivement, va se développer une conception de l'Etat de droit qui privilégie la substance sur la forme, le contenu des normes sur leur hiérarchie formelle.

I.2. Les objectifs de l'Etat de droit

L'autorité doit être aménagée de telle sorte que, fondée sur l'adhésion de ceux qui lui sont soumis, elle demeure compatible avec leur liberté et leurs droits. Cette compatibilité passe par le respect de l'ordre juridique par les pouvoirs publics (1), par la protection des droits et libertés des citoyens (2) et par le contrôle juridictionnel exercé sur les gouvernants (3)

I.2.1. Le respect de l'ordre juridique

La théorie de l'Etat de droit implique une conception de la démocratie dans laquelle les représentants élus sont tenus au respect de règles juridiques supérieures. A ce titre, elle apparaît comme un compromis entre l'idéologie démocratique et les valeurs libérales. Tout en enregistrant une poussée démocratique, elle entend l'encadrer et la canaliser par le droit²⁸, en même temps qu'elle impose des limites au pouvoir des gouvernants. L'Etat de droit vise un encadrement du politique par le droit.

Le progrès de la démocratie et de l'Etat de droit a d'abord conduit à renforcer les prérogatives des Parlements, porteurs de la volonté générale. Aussi, la loi, expression de la volonté générale, votée par le Parlement jouissait d'une suprématie et était censée offrir aux citoyens toutes les garanties de liberté et de protection de leurs droits. Elle est le garant de l'ordre, le bouclier des citoyens contre toutes les formes de tyrannie et le portique de la démocratie.

Aujourd'hui, dans les grandes démocraties, la loi est elle-même soumise à une forte critique, aussi bien dans ses caractères que dans ses vertus protectrices des libertés.

Si la loi constitue un mécanisme de soumission de l'Etat au droit, elle apparaît également comme un moyen d'action politique au service du pouvoir. Ainsi, comme l'écrit J. Chevallier, «le développement de la production législative aboutirait moins à une meilleure protection des droits

²⁸ CHEVALLIER, J., *L'État de droit*, op. cit., p. 58.

individuels qu'à l'extension de l'emprise du pouvoir sur la vie sociale.»²⁹ Le citoyen, dont la marge d'autonomie individuelle se réduit, se retrouve à la merci du législateur, comme il l'était à l'égard du monarque et de l'administration. De garantie suprême de liberté la loi se transforme en vecteur d'un absolutisme parlementaire.

Dans cette optique, « l'idée que la règle émane directement ou non de la volonté générale ne suffit manifestement plus à fonder l'obligation d'obéissance. Le nombre n'est pas le droit.»³⁰ En d'autres termes, l'élection du Parlement au suffrage universel ne justifie plus sa légitimité, ni celle de la loi.

L'Etat de droit implique une confiance absolue placée dans le droit. L'Etat de droit repose dorénavant sur le fétichisme de la règle, la norme juridique tendant à être prise pour une réalité capable de faire advenir celle qu'elle énonce. L'expression selon la forme juridique et la conformité au droit constitue alors la garantie suprême. La dimension sacrée dont était investie la loi s'est transposée sur le droit pour lui conférer, au-delà de son contenu concret, une portée mystique.³¹ Avec l'Etat de droit, il faut admettre que toute loi n'est pas légitime, qu'il y a des lois contraires au droit.

Au bout du compte, alors que dans la conception rousseauiste, la loi, expression de la volonté générale, était synonyme d'autorité, de rationalité, de justice, d'égalité, d'ordre et d'infailibilité, la crise de la représentation la fait sombrer dans une démonétisation : elle est désacralisée, suspecte d'oppression et d'injustice. La dynamique positive qui alimentait le système de croyances dans son bon fonctionnement s'est progressivement retournée. La loi a perdu l'aura symbolique qui l'entourait. Ses attributs magiques se sont estompés et son capital d'autorité semble avoir été dilapidé.³²

Face à ces critiques de la loi, « le discours de l'Etat de droit tend à s'appuyer sur le juge et le juriste, figures emblématiques de la raison juridique. C'est sur le juge qu'on compte pour protéger tout à la fois l'administré contre l'abus du pouvoir et l'ordre juridique contre les atteintes qui pourraient lui être portées.»³³. Contrairement aux parlementaires peu qualifiés et soumis à des pressions politiques de toute nature, le juge jouit du crédit de compétence et d'indépendance. L'Etat de droit milite ainsi actuellement pour la montée en puissance du pouvoir juridictionnel. Les juristes et en particulier les juges « se voient investis d'une mission essentielle : il leur

²⁹ CHEVALLIER, J., «La dimension symbolique du principe de légalité», p. 1668.

³⁰ REDOR, M.-J., op. cit., p. 296.

³¹ CHEVALLIER, J., *L'État de droit*, p.63.

³² Idem, "La dimension symbolique du principe de légalité", pp.1665-1671.

³³ CHEVALLIER, J., *L'État de droit*, p.65.

revient en effet d'éclairer et de guider des gouvernants privés de la hauteur de vue nécessaire; L'Etat de droit repose ainsi sur l'utopie d'un "gouvernement des sages", dans lequel les juristes auraient une place de choix en raison de leurs compétences propres.»³⁴.

I.2.2. La protection des droits et des libertés individuelles

La fonction de protection des droits fondamentaux par les Cours constitutionnelles, résultant de l'intégration des Déclarations de ces droits dans le bloc de constitutionnalité est «essentielle, non seulement par l'intérêt qu'elle présente pour les citoyens, mais aussi pour la réalisation d'un véritable Etat de droit.»³⁵

Si la démocratie bénéficie d'un prestige dans le monde actuel et si elle est une aspiration des peuples, c'est qu'elle se ramène, en définitive, à la protection des droits et libertés. La revendication du titre de démocratie est une hypocrisie, une imposture si en même temps ne sont pas affirmées, assurées et protégées les droits et libertés des citoyens. La société démocratique est celle où peuvent effectivement s'exercer les droits et les libertés.³⁶

Le premier aspect de la limitation du pouvoir réside dans la référence aux droits et aux libertés individuelles. L'Etat de droit, dans une société démocratique, implique une certaine conception des rapports entre l'Etat et l'individu et une garantie des droits et libertés de ce dernier. « L'Etat de droit repose en fin de compte sur l'affirmation de la primauté de l'individu dans l'organisation sociale et politique, ce qui entraîne à la fois l'*instrumentalisation de l'Etat* (du pouvoir) dont le but est de servir les libertés, et la *subjectivisation du droit* qui dote chacun d'un statut, lui attribue un pouvoir d'exigibilité et lui confère une capacité d'action »³⁷.

Sans perdre de vue l'intérêt général de la collectivité, l'Etat de droit accorde une place particulière à la défense de l'individu. Elle s'efforce de concilier intérêt général, égalité et liberté.

Le souci de protéger les libertés publiques s'articule ainsi avec une critique de l'Etat, soupçonné d'être un ennemi potentiel des libertés. A cet égard, la montée en puissance de l'Etat de droit est le corollaire de la victoire idéologique de la philosophie libérale, dont la branche politique s'épanouit de notre temps par une branche économique.

En conséquence, l'Etat de droit va considérablement influencer l'émergence de nouveaux équilibres socio-politiques, ainsi que sur la nature de la conception traditionnelle de l'Etat et de la démocratie.

Le souci légitime de protection des libertés fondamentales et individuelles va conduire à un renforcement du rôle du droit dans la société et à celui du juge chargé de faire respecter les droits fondamentaux, au détriment du politique, délégitimé et désormais héritier de la méfiance qui, depuis la Révolution, frappait les juges. Ainsi, l'Etat de droit a abouti à une extension continue du contrôle des actes administratifs par le juge administratif, aussi bien par le contentieux de l'annulation que par celui de la responsabilité. De même, brisant le mythe et le dogme de la suprématie de la loi, l'Etat de droit a fait émerger le contrôle de constitutionnalité, qui permet à des juges, sur saisine d'une minorité parlementaire, de remettre en cause une loi adoptée par les représentants du peuple. Les exigences de l'Etat de droit conduisent somme toute à l'élargissement d'un contrôle juridictionnel sur les actes des pouvoirs publics.

I.2.3. Le contrôle juridictionnel sur les gouvernants.

Contrôler les gouvernants suppose une justice indépendante. Pour se distinguer du totalitarisme, l'Etat de droit doit présenter certaines caractéristiques dont, en plus de la séparation des pouvoirs et la non-rétroactivité des lois, l'existence d'un pouvoir judiciaire (juridictionnel) indépendant et la possibilité d'un contrôle de légalité et d'un contrôle de constitutionnalité effectif. En effet, pour que la fonction juridictionnelle soit effectivement une fonction de justice pour tous, il est nécessaire que, dans un Etat de droit, elle soit indépendante des autres fonctions étatiques. L'indépendance de l'autorité (ou du pouvoir) juridictionnelle est, de ce fait, un impératif de l'Etat de droit et un facteur de légitimation du pouvoir.

L'indépendance de l'autorité juridictionnelle et le contrôle que cette autorité exerce sur les gouvernants constituent une garantie contre l'arbitraire du pouvoir et en réalise une limitation. Par autorité juridictionnelle, il faut entendre ici l'ensemble des juridictions, qu'elles soient judiciaires, administratives ou constitutionnelles.³⁸

I.3. Etat de droit et légitimation du pouvoir.

La légitimité est la qualité qui s'attache à un pouvoir dont l'idéologie, les **sources** d'inspiration, les **critères** de référence et les modalités d'organisation font l'objet d'une adhésion sinon unanime du moins

³⁴ *Ibidem*, p.65.

³⁵ ROUSSILLON, H., *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1996, p.41.

³⁶ Cf. Ch. DEBBASCH et J.-M. PONTIER, *Introduction à la politique*, op. cit., p.171.

³⁷ CHEVALIER, J., *L'Etat de droit*, op. cit., p.55.

³⁸ BURDEAU, HAMON, TROPER, *op. cit.*, p. 281., J.

MEKHANTAR, *op. cit.*, p.93-94 et P. PACTET, *op. cit.*, p. 125.

majoritaire de la part des gouvernés. La légitimité suppose l'acceptation du pouvoir politique par les citoyens. De ce fait, la légitimité est une notion sociologique et non pas d'abord juridique. Elle doit être distinguée de la légalité qui s'intéresse à la validité juridique des actes. Il y a entre la légalité et la légitimité une différence non pas seulement de degré, mais de nature, bien que les deux notions ne soient pas antinomiques.³⁹ Alors que la légalité définit le cadre juridique du pouvoir, la légitimité concerne les problèmes posés par le pouvoir politique quant à son fondement et ses finalités, quant aux formes et aux modalités de son exercice.

De nos jours, le respect des normes juridiques en vigueur est devenu une des valeurs fondamentales de la légitimité du pouvoir politique. Un pouvoir acquis ou conquis et exercé suivant le droit est plus acceptable qu'un pouvoir arbitraire. C'est pourquoi l'Etat de droit constitue indiscutablement un facteur de légitimation du pouvoir politique. Aussi, par rapport au pouvoir, le droit joue un rôle ambigu. De principe d'encadrement et de limitation du pouvoir, le droit est en même temps un instrument de sa légitimation.⁴⁰

Dans un régime démocratique, le droit légitime le pouvoir d'un triple point de vue : du point de vue de son origine, de ses finalités et de son exercice. D'abord, du point de vue de son origine, il encadre, institutionnalise et formalise les modalités de la conquête du pouvoir. Le droit fixe les règles de jeu pour accéder au pouvoir. Au fond, c'est le droit qui permet de distinguer un président élu d'un président auto-proclamé au terme d'un coup d'Etat ou d'une victoire militaire.

Légitimer démocratiquement le pouvoir du point de vue de sa source, c'est dire que la participation du peuple constitue le fondement du pouvoir politique. «Le principe démocratique, écrit J. Chevallier, suppose d'abord que la source de tout pouvoir, de toute autorité réside dans la collectivité des citoyens : il n'y a de pouvoir légitime qu'émanant du peuple; et il n'y a de contrainte acceptable que s'appuyant sur le consentement.»⁴¹ Dans le même sens, conformément à l'article 21, paragraphe 3 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, «la volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote.»

Cette enracinement du pouvoir dans le peuple tient au fait que celui-ci est le détenteur de la

souveraineté, qu'elle soit populaire ou nationale. Il peut l'exercer par lui-même par le Gouvernement direct ou par le référendum. Il peut aussi décider de l'exercer à travers des représentants élus, soit soumis au mandat impératif, soit disposant du mandat représentatif.

Ensuite le droit légitime le pouvoir du point de vue de ses finalités, car il oblige les gouvernants à atteindre leurs objectifs en opérant une mutation de leur volonté politique en buts juridiquement définis et rattachables à l'intérêt général.⁴²

Enfin, l'Etat de droit légitime le pouvoir du point de vue des modalités de son exercice. En ce sens, il transforme l'action politique en une série de compétences juridiquement dévolues et qui doivent s'exercer dans le respect des droits et des libertés individuelles. Dans cette optique, «l'Etat de droit n'évoque pas seulement l'existence d'un ordre juridique hiérarchisé, mais encore un ensemble des droits et libertés. Joignant la source du pouvoir et le mode de son exercice, la démocratie n'est plus seulement l'expression de la volonté générale, elle comporte aussi le règne de certaines valeurs, cristallisées dans la notion de droits et libertés fondamentales.»⁴³ Ainsi décrit dans son contenu, dans ses objectifs et dans son caractère de facteur de légitimation du pouvoir, l'Etat de droit apparaît comme une notion porteuse de force critique vis-à-vis des détenteurs du pouvoir. Seulement, le régime du temps de guerre offre aux dirigeants des motifs qui semblent justifier des distorsions et des entorses à l'Etat de droit.

II. Temps de guerre et distorsion à l'Etat de droit.

Dans notre pays où l'entrée en politique est une entreprise mercantile motivée par le désir d'enrichissement personnel rapide et à peu de frais, l'Etat de droit rappelle aux dirigeants que le pouvoir politique est une activité finalisée, qui a des fonctions sociales à remplir et que ces fonctions s'orientent vers la satisfaction des besoins d'intérêt général. Certes, l'intérêt général peut apparaître comme une notion imprécise, évolutive, relative, fuyante et contingente dans son contenu, car elle est contradictoire dans ses inspirations idéologiques (selon qu'il s'agit des libéraux ou des socialo-communistes), il n'en demeure pas moins un principe justificatif du pouvoir politique. Il implique que le titulaire du pouvoir ne l'exerce pas dans son intérêt propre et égoïste, mais dans l'intérêt commun de tous.

³⁹ PACTET, P., *op. cit.*, p.71.
⁴⁰ LOSCHAK, D., «Le droit, discours de pouvoir» cité par J.CHEVALLIER, J., «L'Etat de droit» in *R.D.P.* (1998), p.375.
⁴¹ CHEVALLIER, J., *L'Etat*, Paris, Dalloz, 1999, p.49.

⁴² BEAUDET, Ch., *Introduction générale et historique à l'étude du droit*, Paris, Centre des Publications Universitaires, 1999, pp.41-43. et TERRE, F., *Introduction générale au droit*, Paris Dalloz, 2000, p.26.
⁴³ Muhindo MALONGA, T., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Cours inédit, UCG, 2000-2001, p.107. Cf. M. TROPÉ, M., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p.331.

L'examen de tous ces critères de légitimation du pouvoir porte à s'interroger sur le degré de légitimité de nos diverses et successives autorités. En effet, très peu d'entre elles sont issues des urnes, l'objectif d'intérêt général n'est toujours pas perceptible dans leur action politique et administrative, et les droits et libertés de citoyens traversent la pire période de leur histoire. Les maîtres se succèdent, mais leur accession au pouvoir est chaque fois au bout de leur fusil. Est chef, non pas celui qui a gagné la confiance des administrés exprimée par des urnes, mais celui qui a sur son palmarès les plus éclatantes victoires militaires. Le débat qui devrait éclairer les citoyens sur les programmes des différents candidats est alors complètement occulté, voire refusé.

De manière générale, les périodes de guerre comportent des « faits justificatifs » des atteintes à l'Etat de droit. Ces faits sont rattachables à la notion de circonstances exceptionnelles (II.1). Au Kivu, les distorsions à l'Etat de droit sont aggravées par l'incertitude quant au droit applicable (II.2.). Tout cela a pour conséquence ultime de rendre difficile le contrôle, même juridictionnel, de l'action administrative (II.3.).

II.1. Circonstances exceptionnelles et Etat de droit.

Déjà en période normale, les nécessités de l'ordre public, entendu comme comprenant la sûreté, la sécurité et la salubrité, auxquelles on ajoute traditionnellement la tranquillité, peuvent justifier des limitations ou restrictions des droits et libertés. La nécessité de garantir l'ordre public prime sur la satisfaction des droits individuels et sur le respect scrupuleux de la légalité. Ainsi par exemple, ce sont les nécessités de l'ordre public qui justifient, au profit de l'Administration, le pouvoir de l'exécution forcée, en l'absence de toute autre voie de droit susceptible d'assurer le même résultat ou lorsqu'il y a une situation d'urgence conjuguée avec un refus d'obéissance spontanée de la part des administrés.

Si la notion d'ordre public peut justifier des restrictions aux libertés individuelles, son extension variera donc dans un sens inversement proportionnel à celle des conditions de l'Etat de droit. Plus seront étendues les exigences de l'ordre public, plus seront restreintes les libertés des individus et le degré de soumission au droit par les gouvernants.

Or, le régime des libertés et de l'Etat de droit n'est pas le même selon qu'on se situe en période normale ou dans l'un des cas où s'explique un régime d'exception ; tel l'état de siège qui déclenche le régime des circonstances exceptionnelles. « A période exceptionnelle, légalité exceptionnelle ».

La théorie des circonstances exceptionnelles est une construction juridique « selon laquelle des décisions administratives qui seraient en temps normal illégales peuvent devenir légales en telles circonstances parce qu'elles paraissent nécessaires pour assurer l'ordre public et la marche des services publics. Au contenu de la légalité normale se trouve ainsi substituée une légalité d'exception. »⁴⁴

Le type originel de circonstances exceptionnelles est la guerre. La théorie des circonstances exceptionnelles a donné lieu à l'usage des pouvoirs exceptionnels appelés d'abord « pouvoirs de guerre. ». Mais comme le notent A de Laubadere, J.C. Venezia et J. Gaudenet, « l'état de guerre n'est qu'une illustration de la notion de circonstance exceptionnelle et les pouvoirs de guerre ne sont qu'un aspect de la notion de pouvoirs exceptionnels ».

Si les circonstances exceptionnelles peuvent naître d'une catastrophe naturelle, d'une éruption volcanique, leur existence actuelle au Kivu est surtout liée à la guerre⁴⁵ sévissant en RDC.

Ainsi conçues dans leur notion et dans leurs conséquences, les circonstances exceptionnelles apparaissent comme un aspect de la « raison d'Etat ». La raison d'Etat peut être définie comme « l'ensemble des connaissances relatives à la nature universelle et à la situation particulière de l'Etat, ainsi que l'ensemble des décisions et des moyens utilisés qui constituent tout ensemble la règle d'action et la pratique des gouvernants, jugées rationnellement nécessaires à la conservation et à l'accroissement de la puissance de l'Etat. »

La raison d'Etat correspond, d'une part, à un ensemble d'objectifs qui sont les « intérêts fondamentaux de la Nation », parmi lesquels on peut ranger son indépendance, l'intégrité de son territoire, sa sécurité, ses moyens de défense, la sauvegarde de sa population et de son milieu naturel, etc. et, d'autre part, à un ensemble de décisions et d'actes juridiques et politiques dont la légitimité et la légalité peuvent s'avérer problématiques, mais par lesquels un Etat souverain assure sa réalisation et sa croissance.

La tentation d'une telle raison d'Etat se cache, comme une tentation permanente, derrière chaque Etat, quel que soit le régime politique, et derrière chaque groupe ayant le pouvoir. La question de la raison d'Etat est fondamentalement à l'art de gouverner compris comme articulation d'un processus de décision politique, des conditions de

⁴⁴ Laubadere, A. de, Venezia, J.C. et Y. Gaudenet, Y., *Traité de droit administratif*, 10^{ème} édition, LGDJ, Paris, 1984, p. 525

⁴⁵ Lasserri, Ch., « le gouvernement de la raison d'Etat » in Lazzari, Ch. et Reynié, D., *Le pouvoir de la raison d'Etat*, Paris, PUF, 1992, p. 91 – 92.

son application en termes d'efficacité et de légitimité dans des situations politiques déterminées.⁴⁶

Les populations congolaises, en territoires occupés, se trouvent présentement dans une confrontation d'intérêts et des raisons d'Etat. Chacune des parties au conflit peut évoquer des circonstances de guerre et justifier des actions qui portent des graves préjudices aux droits et aux libertés de ces populations. Revendiquées par tous, ces populations ne sont, en définitive, sous la protection de personne. Leur situation politique et sécuritaire est plus que fragile et précaire. Cette précarité est accentuée par une incertitude juridique.

II.2. L'incertitude juridique et l'Etat de droit incertain.

Dans les territoires sous occupation, quel est le droit applicable ? Celui de l'occupant ou celui du gouvernement au pouvoir dans la capitale ? La réponse à cette question n'est pas aisée. A première vue, on pourrait penser que c'est l'autorité locale qui édicte le droit en vigueur. (Mais, la rareté de ses interventions, l'indifférence, la résistance voire l'hostilité des populations concernées portent à douter d'une telle présomption).

En réalité, il y a une superposition de textes, telle qu'il n'est pas facile d'identifier le droit en vigueur pendant cette période. Même les actes juridiques passés sont grevés d'une certaine incertitude dès lors que leur validité juridique semble dépendre des théories du « fonctionnaire de fait », ou « de l'apparence ».

Un exemple de cette incertitude juridique concerne les lois sur la décentralisation. En effet, alors que le pouvoir central se réfère déjà à la loi du 2 juillet 1998, la rébellion semble ne retenir que la loi de 1982, laquelle, par ailleurs, instaure une plus ample décentralisation dans la mesure où elle met en place des véritables organes locaux de délibération, alors que la loi de 1998 ne connaît que des « conseils consultatifs ».

Aussi, le statut juridique des agglomérations de Butembo et Beni semble ambigu. Sont-ce des Cités ou des Villes ? Suivant la loi de 1998, est ville le chef-lieu de province et les agglomérations auxquelles, en raison de leur importance démographique, le Gouvernement confère cette qualité. Or, Beni et Butembo ont été érigées en Villes par la rébellion ? D'où l'incertitude juridique quant aux statuts de ces villes et, par voie de conséquence, sur les compétences des organes de ces villes.

La Sécurité juridique est pourtant la source de la confiance légitime que les administrés doivent avoir dans les actes de leurs gouvernants. En notre temps, la sécurité juridique est le premier droit que chaque citoyen peut revendiquer pour l'assurance de son commerce juridique. Ce n'est sans doute pas sans raison que Michel Treper, à la suite de Montesquieu, identifie « sécurité juridique » et « liberté politique » entendue cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sécurité.⁴⁷

Si formellement, l'Etat de droit correspond à sa conception kelsénienne de la pyramide des normes, cette pyramide s'avère brouillée par le concours et l'entrecroisement des autorités politiques et administratives. La prolifération des normes émanant d'autorités différentes et opposées comporte également de graves incertitudes quant au contenu des normes et de leur connaissance par les usagers et les professionnels du droit. Le droit en vigueur devient alors aussi abstrus, incompréhensible et insaisissable qu'aux époques barbares où le droit étant connaissance secrète des pontifes et des sages. La confusion des normes provoque donc une « indigestion normative ».

Plus encore que la sécurité juridique fondée sur des normes claires et précises, ce sont les droits fondamentaux et les libertés publiques qui se trouvent fortement hypothéqués. Loin de les invoquer singulièrement, limitons-nous à ceux qui sont rattachables à la notion d'ordre public, première mission de toute autorité administrative.

A la notion d'ordre public se rattachent divers droits : la sûreté, la sécurité et la salubrité, trilogie souvent complétée par la tranquillité. La sûreté comporte le droit à ne pas être arrêté et détenu de manière arbitraire. En cette période de guerre, non seulement les arrestations et détentions arbitraires se multiplient, mais, bien pire, même le droit à la vie est constamment violé. Des hommes, des femmes, des vieux, des jeunes se sentent en permanence en dangers, et chaque nuit emporte son lot de victimes d'assassinats, par ailleurs, jamais élucidés. Pourtant, la sûreté est un droit « fondamental » dans la mesure où elle est une condition d'exercice d'autres droits, notamment le droit à la libre circulation.

Nul n'ignore les risques que comporte aujourd'hui pour les personnes et pour les biens, le moindre déplacement entre Beni et Butembo, entre Beni et Kampala ou entre Butembo et Goma : pillages, maltraitements, tortures, parfois malheureusement, par ceux-là mêmes qui se prétendent protecteurs ou libérateurs ! Le droit à la sécurité suppose que les autorités publiques

⁴⁶ Idem, p. 37

⁴⁷ Montesquieu, L'esprit des lois, XI, cité par M. Troper, « Le concept d'Etat de droit », in Droits. *Revue française de théorie juridique*, n° 15 (1992), p. 59

assurent la protection des citoyens contre les risques et dangers, bref contre toutes les sortes de menaces. Ici encore, les citoyens sont abandonnés à eux-mêmes et aucune structure n'est mise en place pour les divers secours. Bien au contraire, l'état de nos infrastructures (ex. routières), constituent le premier danger qui menace la vie des usagers.

A la notion d'ordre public se rattache aussi la salubrité. Celle-ci, en tant qu'elle tend à assurer l'hygiène des citoyens et à les protéger contre les maladies et la pollution, se comprend comme une composante du droit à un environnement sain et une des conditions du droit à la santé.

Il est vrai que, au Zaïre, puis en RDC, mis à part les rares cantonniers, les services d'entretien sont peu fréquents, même en période de paix. L'insalubrité est encore plus patente en cette période de guerre. L'interruption ou la quasi-inexistence des services d'entretien de la voirie saute aux yeux dès qu'on descend dans les rues de Butembo. Les rigoles, les ruisseaux insalubres, les poubelles sont parfois dans les carrefours, au vu et au su de tous, même des autorités administratives. Pire encore, dans ces rues boueuses et insalubres sont vendues des denrées destinées à la consommation courante des ménages.

Face à un phénomène d'une telle ampleur et aux aspects si variés, l'observateur averti ne peut manquer de se poser la question de la légitimité d'un pouvoir politique qui n'assure plus l'ensemble de ses fonctions sociales.

Une telle démission est aggravée par l'absence ou l'inefficacité de mécanismes de contrôle de l'Action administrative.

II.3. Le difficile contrôle de l'action administrative.

Si le Congo a connu une crise aussi profonde que celle qu'il traverse, avec la corruption et le clientélisme établis comme règle de jeu dans tous les secteurs, l'une des raisons majeures aura été l'absence de contrôle efficace et indépendant.

Le problème du contrôle de l'action administrative est ancré au Congo. Il date de la IIème République. Déjà sous cette République, en raison du phénomène de personnalisation autoritaire du pouvoir, va se développer une conception de l'Administration comme phénomène d'autorité et de puissance. Lorsque l'Administration est instrumentalisée par le pouvoir personnel, s'attaquer à l'Administration serait offenser le chef

lui-même. A côté d'un tel phénomène, il faut aussi mentionner que, la difficulté du contrôle de l'Administration venait de la fragilité du statut des juges. En marge des textes qui garantissent un statut de juge (O.L n° 82-018 du 31.3.1982 in Journal officiel, n°7 du 1^{er} avril 1982, p. 27), le juge congolais ne bénéficie pas d'une réelle indépendance vis-à-vis du pouvoir politique, surtout de l'Exécutif. Un juge trop audacieux risque, à tout moment, de subir les représailles du pouvoir politique. La peur de ces représailles fait que bien des juges sont paralysés par une certaine timidité. Le juge aura plutôt tendance à adapter le point de vue de l'Administration. La justice congolaise, comme la justice africaine en général, est affaiblie, anémique, infantilisée, incapable de jouer le rôle que le peuple attend d'elle.

Un tel phénomène est encore plus courant en cette période de guerre puisque le juge apparaît comme un agent du pouvoir en place. Et puis, une grande partie du contentieux de l'Administration relève, en RDC, de la cour d'appel et de la cour suprême de justice en leurs sections administratives. L'éloignement de ces cours les rendent déjà inaccessibles pour bien des citoyens. La partition du pays en plusieurs secteurs contrôlés par des seigneurs de guerre fait que, dans certaines portions, il n'existe même pas de juridiction administrative. Pour ne retenir que le Nord-Kivu, la cour d'appel se trouve à Goma. Et nul n'ignore les difficultés d'accéder à cette ville pour bien des Kivutiens.

Si donc l'Etat de droit suppose le droit de contester l'action des gouvernants devant un juge indépendant, l'actuel état de guerre rend encore plus difficile l'accès au juge et fragilise d'autant l'Etat de droit au Kivu.

Conclusion :

Etat de droit et guerre nous semblent deux notions qu'on peut difficilement faire cohabiter. Alors que l'Etat de droit tend à limiter le pouvoir et assurer un contrôle sur son exercice, la guerre donne aux détenteurs du pouvoir des prérogatives qui peuvent justifier la violation du droit et les restrictions aux droits et libertés. C'est cette triste réalité qui se vérifie dramatiquement dans l'Est du Congo, en particulier au Nord-Kivu où des hommes et des femmes sont des réfugiés dans leur pays, des prisonniers dans leurs maisons. Les libérations, au lieu d'amener la sécurité, la sûreté, la liberté d'aller et de venir, sont plutôt génératrices de peurs et de terreurs qui amenuisent les espoirs d'un Etat de droit.

Références bibliographiques.

1. Chevallier, J., L'Etat de droit, Montchrestien, Paris, 1999.
2. Chevallier, J., « L'Etat de droit » in *Revue de Droit public et de Science politique*, n° , 1988, pp. 311 – 380.
3. Delmas-Marty, M. et Leyssac, C.L., *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Seuil, 1996.
4. Favoreu, L., « De la démocratie à l'Etat de droit » in *Le débat*, n° 64, 1991, pp. 158 – 162.
5. Hamon, L., « L'Etat de droit et son essence » in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 4, 1990, pp. 699 – 712.
6. Henri, J-P, « Vers la fin de l'Etat de droit », in *Revue de Droit et de Science Politique*, 1977, pp. 1207 – 1235.
7. Lazzeri, C. et Reynié, D., *Le pouvoir de la Raison d'Etat*, Paris, PUF, 1992.
8. Idem, *La raison d'Etat : Politique et rationalité*, Paris, PUF, 1992.
9. Raynaud, Ph., Le juge et la communauté », in *Le débat*, n°74, 1993
10. Robert, A-C., « Naissance d'une mythologie juridique » in *Le Monde Diplomatique*, Janvier 2001, p. 22.
11. Troper, M., « Le concept d'Etat de droit » in *Revue Française de Théorie juridique*, n° 15, 1992, pp.